
Nathalie Bernard-Maugiron, Baudoin Dupret (dir.),
Ordre Public et droit musulman de la famille. En
Europe et en Afrique du Nord

IRD éditions/Bruylant, 2012, 472 p.
Tableaux., illustrations, graphiques.

Mustapha Naïmi



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/assr/26308>
DOI : 10.4000/assr.26308
ISSN : 1777-5825

Éditeur

Éditions de l'EHESS

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2014
Pagination : 127
ISBN : 978-2-7132-2467-6
ISSN : 0335-5985

Référence électronique

Mustapha Naïmi, « Nathalie Bernard-Maugiron, Baudoin Dupret (dir.), Ordre Public et droit musulman de la famille. En Europe et en Afrique du Nord », *Archives de sciences sociales des religions* [En ligne], 168 | 2014, mis en ligne le 02 avril 2015, consulté le 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/assr/26308> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/assr.26308>

Ce document a été généré automatiquement le 22 septembre 2020.

© Archives de sciences sociales des religions

Nathalie Bernard-Maugiron, Baudoin Dupret (dir.), Ordre Public et droit musulman de la famille. En Europe et en Afrique du Nord

IRD éditions/Bruylant, 2012, 472 p.
Tableaux., illustrations, graphiques.

Mustapha Nāïmi

RÉFÉRENCE

Nathalie Bernard-Maugiron, Baudoin Dupret (dir.), Ordre Public et droit musulman de la famille. En Europe et en Afrique du Nord, IRD éditions/Bruylant, 2012, 472 p., Tableaux., illustrations, graphiques.

- 1 Les politiques législatives et les pratiques judiciaires des trois pays européens – France, Belgique et Espagne – sont ici étudiées en comparaison avec celles de trois pays du nord de l'Afrique – Égypte, Maroc, Tunisie – face à des normes ou décisions étrangères dans le domaine du droit de la famille. Quelles sont les valeurs que chaque pays considère comme des composantes intrinsèques de son ordre public ? Comment le juge prend-il connaissance du droit étranger ? Quelles formations lui sont offertes ? Par quels moyens l'existence d'une règle étrangère peut-elle être prouvée ? Le droit de la famille tel qu'il est légiféré et appliqué dans trois pays arabes est exposé, permettant de souligner la diversité des interprétations et des applications actuelles du droit en contexte musulman, que le juge européen n'a pas toujours les moyens d'appréhender. Cet ouvrage permet également de souligner les différences de contenu de la notion d'ordre public et l'existence de valeurs à l'intérieur même du monde arabe. Il permet de la sorte de battre en brèche l'idée d'un ordre public musulman homogène.
- 2 Cela se comprend d'autant plus que les normes en provenance des pays arabes s'imposent de plus en plus aux juges des pays de l'Union européenne. L'ampleur des crispations croissantes qu'a prise ces dernières années le débat autour du voile ou la votation suisse contre les minarets en est le parfait exemple. Le problème qui se pose est celui de la conciliation entre les règles de conflits de lois établies par le droit international privé et les principes porteurs de valeurs étrangères inconciliables avec les valeurs du pays d'accueil. La notion d'ordre public est alors invoquée pour repousser la loi étrangère, lorsque son contenu heurte les principes fondamentaux de l'État du for. Ce phénomène, loin d'être nouveau, a pris de l'ampleur ces dernières années, en raison notamment des crispations croissantes des différentes parties concernées, particulièrement face à des normes d'inspiration islamique. Que l'on parle d'ordre public, de bonnes mœurs ou de valeurs fondamentales, ce sont à chaque fois des standards interprétatifs auxquels il est fait référence pour moduler l'application de la loi. La notion de standard juridique peut se définir comme « terme ou locution insérés dans une règle de droit ou un acte juridique quelconque, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation. »
- 3 Les droits fondamentaux dans les pays de l'Union européenne, ou la référence à la charia, en Afrique du Nord et au Proche-Orient, appartiennent à des standards juridiques. La question touche à un contenu incertain, dans la mesure où il est impossible de déterminer formellement, complètement et rigoureusement le sens qu'il convient de leur attacher. Le contenu de la charia, par exemple, est loin de s'entendre



de manière univoque, et la connaissance que peut en avoir le juge se situe bien souvent à l'intersection d'un savoir technique et du sens commun. On se retrouve ainsi dans le cadre de la détermination du positivement indéterminable, avec cette conséquence que le sens que le juge donnera au « standard », au « principe général » ou à toute autre norme de ce type sera fonction de considérations propres à son entendement de l'ordre juridique et à son désir d'en renforcer la cohérence, bref à sa compréhension d'un système dont il veut assurer à la fois la congruence logique et l'harmonie idéologique. À cet égard, il faut bien constater que, souvent, l'ordre public est saisi par des acteurs du droit, voire des « entrepreneurs » de droit, pour faire valoir une certaine conception idéologique de leur système national. L'islam, les droits de l'homme, la charia ou le principe d'égalité deviennent alors une ressource au service d'une « cause » à défendre, celle des valeurs fondamentales d'une société auxquelles il est interdit de déroger, une définition de la morale publique.

- 4 La question de l'ordre public présente une forte dimension sociologique et politique, reflétée par les réajustements constants que connaît cette notion à la fois dans les États de l'Union européenne et dans ceux du nord de l'Afrique. L'application trop rigide de ce concept des institutions étrangères, jugées à tort ou à raison contraires aux droits fondamentaux, risque de mener à des résultats doublement préjudiciables pour la femme, que de telles mesures visaient pourtant à protéger.
- 5 Une approche davantage sociologique du droit international privé devrait permettre une plus grande ouverture aux dimensions personnelles et sociales de ces situations et une atténuation de la perception purement juridique et mécanique du droit international privé. Une meilleure connaissance des droits internes de la famille des pays arabes et de leur fonctionnement réel, des sociétés arabo-musulmanes et de leurs valeurs, permettrait au juge européen d'avoir une vision plus précise et exacte des enjeux culturels et religieux des systèmes étrangers dont il est amené à appliquer les normes ou à reconnaître les jugements.
- 6 Il ressort de la contribution de Hossam el-Ahwany sur le droit égyptien de la famille et l'exception d'ordre public, que ce droit est comme une branche distincte du droit civil et qu'il se caractérise par le système de la personnalité des lois. Chaque groupe religieux est soumis à des règles particulières et chaque citoyen égyptien relève du régime juridique en vigueur au sein du groupe religieux auquel il appartient. Le droit du statut personnel des musulmans est considéré comme le droit commun, mais les communautés religieuses non musulmanes peuvent se voir appliquer leur loi religieuse, à condition que les deux conjoints appartiennent à la même communauté et à la même confession et que les normes soient conformes à l'ordre public.
- 7 Mohamed S. Abdel Wahab traite de l'ordre public en droit international privé égyptien de la famille. Partant du fait que dans les relations familiales internationales, la notion d'ordre public a parfois été utilisée comme une manifestation d'impérialisme culturel, l'auteur analyse l'influence du concept d'ordre public sur le système des valeurs enracinées dans le pays. L'exclusion des lois étrangères applicables à des affaires de statut personnel en raison de leur violation des normes culturelles et religieuses fondamentales en vigueur au sein du pays du for est bien plus fréquente en droit de la famille que dans tout autre domaine, ce qui a permis à l'ordre public de s'épanouir et de prospérer. Bien que religion officielle de l'État, l'islam ne constitue toutefois pas le critère de rattachement adopté par les règles de conflits. C'est la nationalité qui

constitue le lien de rattachement principal pour la désignation de la loi applicable (surtout dans les affaires de droit de la famille).

- 8 Léon Buskens traite du droit de la famille au Maroc, en particulier depuis la nouvelle loi sur la famille appelée *Moudawwana al-Usra*, « code de la famille » adopté au mois de février 2004. L'auteur donne un aperçu des principales règles de la loi en ce qui concerne le mariage, la filiation et le divorce, sans en exposer tous les détails ni toutes les nuances.
- 9 L'ordre public en droit international privé marocain de la famille est traité par Mohamed Loukili. Dans un célèbre arrêt rendu le 20 mars 1970, la chambre administrative de la Cour suprême a affirmé que « la fonction judiciaire fait partie de l'ensemble des attributions qui relèvent en premier lieu du chef des croyants » et que « le Roi exerce ses pouvoirs constitutionnels en qualité d'imam des croyants et à cet égard il ne saurait être considéré comme une simple autorité administrative » (Le texte de cet arrêt est reproduit à la suite de l'article de Rousset M., 1970, « De l'indépendance du pouvoir judiciaire au contrôle de l'administration », *Revue Juridique et politique, Indépendance et coopération*, p. 527). Il en résulte que le juge n'est pas totalement neutre dans l'exercice de ses fonctions et doit tenir compte dans ses décisions de certains principes et commandements de la loi religieuse (charia) qui gouverne la vie de chaque marocain musulman sur le plan du statut personnel et familial, même quand il vit sur une terre étrangère ou quand il noue des relations avec un étranger non musulman.
- 10 Aussi dans la pratique judiciaire marocaine, il est rare de rencontrer une décision qui utilise le terme « ordre public international » ou ordre public au sens du droit international privé, dans les procès internationaux relevant du droit de la famille. Les juges se contentent la plupart du temps de se référer à la notion d'ordre public tout court, pour l'ériger en arme contre les lois ou décisions étrangères incompatibles avec les principes ou les lois impératives du statut personnel musulman. Ainsi, la distinction entre ordre public interne et ordre public international, c'est-à-dire au sens du droit international privé, n'existe pas dans l'esprit du juge marocain. À plus forte raison, les multiples formes que peut prendre le public international sont totalement méconnues de la jurisprudence. Il est vrai que le législateur lui-même ne fait pas allusion à cette distinction dans les textes traitant de questions de droit international privé, tel l'article 430 du Code de procédure civile relatif au régime d'exequatur au Maroc des décisions rendues par des tribunaux étrangers. L'auteur conclut que le dépassement d'une certaine conception religieuse qui trouve sa base dans les concepts du droit musulman classique, ne se limite pas à l'élaboration d'un nouveau Code de droit international privé, mais passe par la refonte de l'État lui-même et l'introduction d'une sorte de laïcité, qui circonscrirait la sphère du religieux au strict domaine personnel en faisant abstraction, dans les rapports qui se nouent quotidiennement entre les hommes, de leur nationalité et de leur religion.
- 11 Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition est l'objet de l'étude présentée par Monia Benjemia, Souhayma Ben Achour et Meriem Bellamine. L'étude part du fait que même si aucun texte, en droit tunisien, ne fait référence au droit musulman ni pour interpréter les dispositions de la loi ni pour combler ses lacunes, la question de savoir si le droit musulman constitue une source du droit tunisien de la famille n'a toujours pas été élucidée. Elle soulève, aujourd'hui encore, un débat passionné en droit tunisien et a donné lieu à une importante littérature juridique. Au-delà de cette question, c'est toute la philosophie du système juridique tunisien qui pose

problème. En réalité, la difficulté vient de ce que le législateur a gardé le silence sur certaines questions essentielles comme celle de savoir si la disparité de culte constituait un empêchement matrimonial et successoral ou celle de savoir si l'adoption d'un enfant tunisien par un étranger était possible.

- 12 La seconde partie de l'ouvrage traite de l'exception d'ordre public dans les pays de l'Union européenne. Jean-Yves Carlier et Caroline Henricot traitent du mécanisme d'application du droit religieux musulman en Belgique. Face à la complexité que représente l'alliage de mondes juridiques culturellement différents, on favorise les solutions souples qui privilégient le dialogue sur le rejet et la recherche d'une justice effective sur l'application rigide des principes. À long terme, il pourrait être intéressant d'envisager une évolution de la notion d'ordre public vers la notion d'accommodement raisonnable.
- 13 L'application en Espagne du droit des États de tradition islamique en ce qui concerne le mariage et les crises matrimoniales est traitée par Miguel Gardeñes Santiago. Il présente les règles et la jurisprudence espagnoles en matière de droit international privé de la famille, et celles relatives au mariage et aux crises matrimoniales, en particulier les cas dans lesquels la jurisprudence espagnole a eu l'occasion de prendre en considération des lois et des institutions de droit de la famille originaires de pays de tradition islamique. Son analyse se base sur les règles de droit positif, sur une sélection de décisions de justice émanant des audiences provinciales (cours d'appel) ainsi que sur des résolutions adoptées par la Direction générale des Registres et des Notariats.
- 14 Le recours à l'exception d'ordre public, en droit français, de la famille, face à des normes de pays du sud de la méditerranée est présenté par l'étude de Natalie Joubert et Estelle Gallant. Le critère qui leur semble apte à exprimer la relativité de l'ordre public est celui de la perturbation de l'ordre juridique par l'application de lois étrangères. Or, pour que la loi étrangère perturbe l'ordre juridique du for, il faut que son application concerne une situation ancrée dans cet ordre juridique pour que sa contrariété aux principes essentiels protégés par le for apparaisse de façon évidente.
- 15 La troisième partie concerne les juges face au droit étranger. Natalie Joubert traite de l'application de la loi étrangère : modes de fonctionnement des magistrats français dans leur confrontation aux droits des pays arabes. Elle établit un rapport rédigé après enquête auprès de magistrats et d'avocats autour des difficultés rencontrées par les juges français lorsqu'ils sont confrontés à la question de l'application de la loi étrangère, notamment au regard des trois pays arabes Maroc, Égypte et Tunisie. Les juges rencontrent des difficultés sérieuses dans la recherche du contenu des lois étrangères. Aucun mécanisme n'est prévu par les autorités de l'État pour assister les juges dans cette mission de mise en œuvre du droit étranger. Pourtant cette bonne application du droit étranger compétent en vertu de la règle de conflit reste l'un des garants d'une harmonie internationale des décisions et de la reconnaissance à l'étranger des décisions françaises.
- 16 La formation des magistrats, la connaissance et l'application du droit étranger par les juges en Espagne sont traitées par l'étude de Marta Poblet. Elle s'intéresse au mode de fonctionnement des juges et magistrats espagnols dans leur confrontation au droit des pays arabes. Elle procède dans un premier temps à la confrontation au droit étranger des juges espagnols à partir de données objectives sur leur formation et leurs compétences initiales. Elle prépare et réalise des entretiens avec le directeur de l'École judiciaire espagnole et deux professeurs de son équipe enseignante ainsi que deux

avocats experts en litiges de droit civil dans les tribunaux de première instance en Catalogne.

- 17 Monia Benjemia, Souhayma Ben Achour et Meriem Bellamine présentent un rapport sur les incertitudes de la pratique judiciaire du droit de la famille en Tunisie et leurs causes. Elles constatent qu'après une ouverture vers le mouvement démocratique et progressiste, le nouveau régime se ferme de nouveau et verrouille l'espace public à la pensée réformatrice. Celle-ci est peu diffusée et ses auteurs empêchés de participer au débat public.
- 18 S'appuyant sur des entretiens enregistrés entre 2000 et 2003, Marie-Claire Foblets étudie l'application de la loi étrangère en droit de la famille par les juges belges. Elle considère que le Code de droit étranger maintient la possibilité de l'application du droit étranger, même s'il réduit le nombre de situations dans lesquelles cette application est envisagée. Le pluralisme de nature juridique, confronté au défi de faire justice aux nouvelles constellations de la société, les convictions le plus souvent évoquées sur la gestion juridique du fait religieux sont liées à l'islam. De l'avis des magistrats, cela devrait être perçu comme un atout, un défi positif. Mais il est vrai qu'il s'agit là d'une position à l'écoute de cette position.
- 19 Louis-Léon Christians traite des références belges à l'ordre public comme standard de régulation et comme révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé. Sur bien des points, la condition juridique de l'islam cesse de relever du statut des étrangers pour être réfléchie à d'autres titres. Les conversions à l'islam renforcent ce détachement d'un droit étatique d'origine : non seulement parce que le converti est un national, mais aussi parce qu'il contribue à contrarier l'assimilation de l'islam à une religion d'États étrangers. D'autre part, on assiste à certains retraits du processus d'accueil de la loi étrangère. L'auteur conclut que c'est en faisant de l'islam une « pure » religion que le processus belge le pousse à bénéficier d'une structure de pilier qui court-circuite la question de l'intégration culturelle.